بالتعاون



تنظيم





المؤتمر الفقهي الثالث للمؤسسات المالية الإسلامية



حماية الحسابات الاستثمارية في إطار الأعمال المصرفية الإسلامية

د. محمد أنس بن مصطفى الزرقا

شركة المستثمر الدولي- الكويت

انتقل المؤلف منذ أول عام 1430هـ / 2009م

إلى شركة شورى





حماية الحسابات الاستثمارية في إطار الأعمال المصرفية الإسلامية

بقلم

د. محمد أنس بن مصطفى الزرقا

شركة المستثمر الدولي- الكويت (سابقا)

انتقل المؤلف منذ أول عام 1430هـ/ 2009م

إلى شركة شورى للاستشارات الشرعية

قدم هذا البحث في الندوة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي —مكة المكرمة- المنعقدة في 2002/1/5، وقد طلب الباحث لاحقا من إدارة المؤتمر الفقهي الثالث للمؤسسات المالية الإسلامية إرفاقه مع أبحاث المؤتمر على سبيل الاطلاع والإفادة.

مناقشة موضوع نقل عبء الإثبات موجودة في الصفحات 8 وما يليها



الفهـــرس



بسم الله الرحمن الرحيم

حماية الحسابات الاستثمارية في إطار الأعمال المصرفية الإسلامية

منهج هذا البحث هو الإيجاز وعدم تفصيل الأدلة على الأحكام المشهورة، لأنه موجه أساساً إلى الفقهاء، مع شيء من تفصيل الأمور الاقتصادية للسبب نفسه.

ولهذا للبحث هدفان: قريب وبعيد. فالقريب هو التوصل إلى اقتراحات مقبولة فقهاً لحماية الحسابات الاستثمارية، والبعيد هو إبراز حيوية الفقه الإسلامي وقدرته على التفاعل مع تحديات الحياة المعاصرة، وتوجيهها بما يتفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية وأحكامها، ويستفيد في الوقت نفسه من معطيات علم الاقتصاد ومن التجارب الإنسانية ذات العبرة في الموضوع.

تمهيد: — حدود الموضوع، وأقسام هذا البحث

تتلقى المصارف الإسلامية نوعين مختلفين تماماً من الأموال: ودائع حالة (تحت الطلب) توضع في "حسابات جارية" لأصحابها، ولهم استردادها حينما يشاءون بأنفسهم أو بصكوك (شيكات) يكتبونها لأمر من يشاءون. وهذه الحسابات هي في حقيقتها ديون على المصرف فقهاً ومحاسبةً وقانوناً، وإن سميت ودائع اصطلاحاً. ولا خلاف في أن الودائع الحالة، شأنها شأن كل دين، مضمونة على المصرف.

كما تتلقى هذه المصارف ما يسمى "ودائع استثمارية" (أو ودائع مضاربة) وهي أموال يتلقاها المصرف من أصحابها (أرباب المال في عقد المضاربة) بوصفه مضارباً ليستثمرها بمختلف الأساليب المباحة فقهاً ومنها التجارة والبيوع الآجلة الخ.. على أن يقتسم ما يرزق الله من ربح بين المصرف المضارب وأرباب المال بنسبة متفق عليها سلفاً، على ما هو معلوم في عقد المضاربة الفقهي، فإن وقعت خسارة فهي على رب المال. إذ المضارب باتفاق الفقهاء لا يضمن المال إلا إذا تعدى أو قصر.

والخسارة قد تحدث نتيجة نوعين من المخاطر مختلفين في حقيقتهما وفي حكمهما الفقهي:

النوع الأول: مخاطر تجارية مما ينوب التجار والمشروعات الاستثمارية عموماً، حتى مع حسن تصرف القائم على التجارة أو المشروع (وهو في حالتنا: المصرف المضارب).

النوع الثاني: مخاطر سوء تصرف المضارب بالتعدي أو التقصير.

هناك أربعة أساليب لحماية الحسابات من الخسارة ناقشها بعض الباحثين، وطُبق بعضها، أعرضها بالتسلسل ثم اقترح أسلوبا خامساً جديداً هو المقصد من هذا البحث. والحماية المقصودة هنا هي الحماية من الخسارة الجزئية أو الكلية.

الأسلوب الأول: حماية الحسابات بالتأمين عليها بصورة مقبولة فقهاً.

الأسلوب الثاني: حماية الحسابات بكفالة الدولة لها.

الأسلوب الثالث: حماية الحسابات بصندوق ينشئه المصرف.

الأسلوب الرابع: حماية الحسابات بتضمين المصرف باعتباره مضارباً مشتركاً.

الأسلوب الخامس: (وهو اقترحه ما) حماية الحسابات بتضمين المصرف ما لم يُثبت عدم تعديه أو تقصيره.

نوضح حقيقة الحماية وفق كل أسلوب، وما إذا كانت مقبولة فقهياً فيها ظهر لي و بعض مزاياها ومحاذيرها الاقتصادية.





(1) الأسلوب الأول : حماية الحسابات الاستثمارية بالتأمين عليها بصورة مقبولة فقهاً.

إن حماية الحسابات الاستثمارية بالتأمين عليها ضد الخسارة قد يقبل فقهاً بالصيغة التعاونية التي قبلها جمهـــور الفقهاء المعاصرين والمجامع الفقهية.

لكنني أؤكد أن مثل هذا التأمين لا يمكن أن يقوم بصورة مستقلة عن الدولة (أي دون معونة جوهرية منها) لافتقاره للشروط الفنية التي يتطلبها إمكان التأمين من حيث هو (سواء أكان تعاونيا أم تجارياً)، ومن هذه الشروط **استقلال المخاطر** التي تتعرض لها الوحدات المختلفة (وهي هنا المصارف في الدولة الواحدة) بمعنى أن يكون احتمال وقوع مصرف ما في خسارة لا يزيد أو ينقص حتى لو وقع مصرف آخر في خسارة، **وكثرة عدد** تلك الوحدات إلى حد يسمح بظهور أثر قانون الأعداد الكبيرة الإحصائي.

وكلا الشرطين لا يتحققان في مصارف أية دولة إلا أن يكون حجم اقتصادها وعدد مصارفها كـبيراً جـداً، وهذا لا ينطبق على أية دولة في العالم الإسلامي فيما أرى.

نتيجة: إن حماية الحسابات الاستثمارية بالتأمين عليها غير ممكن فنياً، إلا أن تكفله الدولة. وهذا مـا نـذكره الآن.

(2) الأسلوب الثاني : حماية الحسابات الاستثمارية بكفالة الدولة لها.

إن حماية الحسابات الاستثمارية بكفالة الدولة ممكنة عملياً لكنها تثير كثيراً من القضايا الفقهية العميقة الـتي تتطلب بحثاً مستقلاً. فمثلاً:

(أ) هل من العدل أن تكفل الدولة لأرباب الحسابات الاستثمارية ودائعهم في حالة الخسارة، في حين أنها لا تكفـل لأصحاب المشروعات والأعمال شيئاً حال خسارتهم ؟ ولا ننسى أن المشروعات والأعمال يتم تمويلها جزئياً من تلك الحسابات الاستثمارية.

(ب) هل من العدل أن تنفق الدولة من المال العام لتعويض أصحاب الحسابات الاستثمارية التي تعرضت لخسارة، وهم قد يكونون أغنى من كثير سواهم من المواطنين ؟

لهذا أقول إن حماية الحسابات الاستثمارية بكفالة من الدولة يحتاج لبحث مستقل، ولن أتطرق إليه مرة أخرى في هذه الورقة.

ملاحظة: إن أشهر نظم تأمين الودائع في العالم هو المعمول به في الولايات المتحدة، وهو مزيج من الأسـلوبين الأول والثاني. لكن من فروقه الجوهرية عما نبحثه في هذه الورقة أن الودائع التي يؤمنها (شأن جميع الودائع في القطاع المصرفي الربوي) هي ديون مضمونة على المصارف أصلاً، وليست أموال مضاربة في حسابات استثمارية معرضـة للربح والخسارة. وتأمينها هو ضد إفلاس المصرف وعجزه عن تسديدها كلياً أو جزئياً.

فتأمينها أشبه بكفالة طرف ثالث (هو مؤسسة تأمين الودائع) لدين ثابت لأصحاب الودائع على المـصارف، وليست كفالة لعدم الخسارة في نشاطات استثمارية.



(3) **الأسلوب الثالث: حماية الحسابات بصندوق ينشئه المصرف.**

يجنب أرباب المال من أرباحهم في السنوات السمان نسبة معينة في صندوق لهذا الغرض لا يصرف منه إلا لتغطية خسارة السنوات العجاف.

وحيث إن أرباب المال (أصحاب الحسابات الاستثمارية) يتغيرون من سنة لأخرى فلا بد من تحديد: من يملك أرصدة هذا الصندوق ؟ وأبسط صيغة تنفي الإشكالات الفقهية العديدة التي يمكن أن تثور هو أن تقوم تغذية الصندوق من أرباب المال على أساس التبرع بما يقدمونه من أرباح السنوات السمان، مع تصريح برضاهم في أن يصرف من الصندوق لتغطية الخسارة التي قد تنوب المشاركين في المستقبل.

3.1. وقد طبقت هذه الفكرة عملياً في قانون البنك الإسلامي الأردني(1):

المادة 20:

(أ) لتغذية الحساب المخصص لمواجهة مخاطر الاستثمار يقتطع البنك سنوياً نسبة عشرين بالمائة من صافي الأرباح الاستثمار المتحققة من مختلف العمليات الجارية خلال السنة المعينة.

(ب) يحتفظ البنك بالمبالغ المقتطعة سنوياً لهذه الغاية في حساب مخصص لمواجهة أية خسائر تزيد عن مجموع أرباح الاستثمار في تلك السنة.

(ج) يجوز للمجلس – عندما يصل مقدار المبالغ المتجمعة في الحساب المخصص المشار إليه مبلغاً معادلاً لرأس مال البنك – أن يخفض النسبة المقتطعة سنوياً إلى عشرة بالمائة على الأقل وذلك حتى يبلغ المتجمع مثلي رأس المال وعندها يجب وقف الاقتطاع كلياً.

المادة 22:

(أ) يتحمل البنك – باعتباره مضارباً مشتركاً – الخسائر الناتجة عن أي سبب موجب لتضمينه شرعاً بما في ذلك حالات التعدي والتفريط الناشئة عن تصرفات أعضاء مجلس الإدارة أو المديرين أو الموظفين وسائر العاملين في البنك، ويعتبر في حكم التفريط الذي يسأل عنه البنك أيضا حالات التلاعب وإساءة الأمانة والتواطؤ مع الآخرين وما إلى ذلك من صور الخروج عن حدود العمل الأمين في إدارة المضاربة المشتركة التي يقوم بها البنك.

(ب) تنزل الخسائر الواقعة دون تعد أو تفريط من مجموع ما يتحقق من أرباح في السنة التي تتحقق فيها الخسارة، وينزل ما يزيد عن مجموع الأرباح المتحققة فعلاً في السنة المعينة من حساب الاحتياطي المخصص لمواجهة مخاطر الاستثمار.

---

(1) القانون (13) لسنة 1987

وقد خفضت نسبة الـ 20% فيما بعد إلى 10% (ر: د.سامي حسن حمود : "معايير احتساب الأرباح في البنوك الإسلامية"، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، م3، ع2، رجب 1417هـ (1996م)، ص ص 102-103.







وقد أحسن واضعو القانون المذكور حين أكدوا في المادة (24) فكرة أن مخصص مواجهة مخاطر الاستثمار ليس مملوكاً لمالكي البنك ولا لأصحاب الحسابات الاستثمارية، بل هو أشبه بأن يكون وقفاً لغرض خاص.

المادة 24:

هـ: يحول رصيد الحساب الزائد في الاحتياطي المخصص لمواجهة مخاطر الاستثمار عند تصفية البنك إلى حساب صندوق الزكاة لإنفاقه في الوجوه الشرعية المنصوص عليها في قانون الصندوق.

وعلى العموم فإن الصيغة الآنفة تبدو مقبولة فقهاً. فيحسن السؤال الآن: هل هي ناجعة اقتصادياً ؟ جوابي أنها غير ناجعة اقتصادياً لسببين على الأقل:

(أ) إنها تترك الحسابات الاستثمارية لفترة طويلة جداً غير محمية حماية كافية.

(ب) إن المستثمر الحصيف يمكنه أن "يطبخ" لنفسه حماية أفضل منها.

3.2 الحماية تأتي بطيئة وضئيلة

لنوضح ذلك بمثال رقمي. لنفترض معدل الربح السنوي على الاستثمار 5 % وان 10 % من الأرباح يجنب لمواجهة الخسائر إن حصلت. فكم سنة سمينة يلزمنا لنطعم سنة عجفاء واحدة نخسر فيها خمس رأس المال؟ الجواب: 40 سنة[1].

ولو ضاعفنا نسبة ما يجنب سنوياً إلى 20 % من الأرباح لانخفض عدد السنين إلى النصف أي إلى 20 سنة، وهي فترة ماتزال طويلة جداً.

3.3 يستطيع المستثمر الحصيف أن يطبخ لنفسه حماية أفضل ؟

لنفترض مستثمراً يريد اختيار أحد مصرفين إسلاميين بدءا العمل من قريب، ليضع وديعة استثمارية. والمصرفان متشابهان من كل وجه سوى أن أحدهما يأخذ بنظام تجنيب 10 % من الأرباح لتغطية الخسائر إن وقعت على النحو الذي وصفنا، أما المصرف الآخر فيوزع كامل الأرباح ولا يغطي أي خسارة. ففي أي المصرفين خير للمستثمر أن يودع ؟

قد يبدو أن الجواب يعتمد على موقف المستثمر من المخاطرة، فإن كان شديد الحذر منها اختار المصرف الأول، وإن كان اكثر استعداداً للمغامرة اختار الثاني.

لكن يظهر بالتأمل أن المصرف الثاني هو الأفضل في كل الأحوال، إذا استويا في الأمور الأخرى حسبما افترضنا. ويستطيع من يودع لديه أي يحقق لنفسه جميع مزايا الحماية التي يعد بها المصرف الأول إذا جنب بنفسه مما يتقاضاه من أرباح كل سنة 10 % وضعها في استثمار مستقل.

---

(1) إذا كان معدل الربح السنوي (خمسة في المئة) وكنا نجنب عُشره، فإن نسبة المجنب سنوياً إلى رأس المال المستثمر هي (خمسة في الألف)، فحتى يجتمع منها ما يبلغ 20 % من رأس المال يلزمنا (0.005 ×40 سنة) = 20 %.

فإن وقعت خسارة في سنة، استطاع هذا المستثمر الحصيف أن يسحب من استثماره المستقل نفس المقدار الذي كان سيعطيه المصرف الأول تعويضاً عن الخسارة. و حينئذ لا مزية إضافية للمصرف الأول بالنسبة لهذا المستثمر وأمثاله.

أما إن لم تقع خسارة فإن الاستثمار المستقل هو ملك لصاحبه يفعل به ما يشاء، بخلاف مستقطعات صندوق تعويض الخسائر فإنها لا تعود ملكاً لأصحابها[1].

3.4. نتيجة عن الأسلوب الثالث

لا يمكن التعويل على هذه الصيغة وحدها لتوفير حماية كافية للحسابات الاستثمارية.

(4) الأسلوب الرابع: حماية الحسابات بتضمين المصرف باعتباره مضارباً مشتركاً.

أبدى د. سامي حمود في عام 1396هـ(=1976م) في رسالته المشهورة (تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية) رأيه في إمكان تضمين المصرف رأس مال الحسابات الاستثمارية باعتبارها أموال مضاربة وباعتباره مضارباً مشتركاً، تخريجاً على اجتهاد بعض الصحابة الكرام ثم بعض الفقهاء الأعلام في تضمين الأجير المشترك (الصانع) ما يتسلمه من متاع الناس، على خلاف الأصل الشرعي في أنه أمين لا يضمن.

والاعتبارات الفقهية التي دعت أولئك المجتهدين إلى الخروج عن الأصل في هذه المسألة، والتي رآها د. سامي قائمة أيضاً في المصرف بوصفه مضارباً مشتركاً في أموال الناس، قد أحسن تلخيصها الإمام الشاطبي في الاعتصام فيما نقله عنه د.سامي:

" إن الخلفاء الراشدين قضوا بتضمين الصناع، قال علي-ﷺ-: لا يصلح الناس إلا ذاك. ووجه المصلحة فيه أن الناس لهم حاجة إلى الصناع، وهو يغيبون عن الأمتعة في غالب الأحوال، والأغلب عليهم التفريط وترك الحفظ، فلو لم يثبت تضمينهم مع مسيس الحاجة إلى استعمالهم لأفضى ذلك إلى أحد أمرين:

- إما ترك الاستصناع بالكلية، وذلك شاق على الخلق،
- وإما أن يعملوا ولا يضمنوا ذلك بدعواهم الهلاك والضياع، فتضيع الأموال ويقل الاحتراز، وتتطرق الخيانة، فكانت المصلحة التضمين. هذا معنى قوله - لا يصلح الناس إلا ذاك "[2].

وقال د. سامي معقباً على ذلك:

" إن المضارب المشترك لا يقل شبهاً -في وضعه بالنسبة للمستثمرين- عن الأجير المشترك، حيث ينفرد المضارب المشترك بإدارة المال وإعطائه مضاربة كيف يشاء ولمن يشاء. فلو لم يكن ضامناً لأدى به الحال- جرياً وراء الكسب السريع- إلى الاقدام على إعطاء المال للمضاربين المقامرين دون تحفظ أو مراجعة للموازين، مما يؤدي إلى إضاعة المال وفقدان الثقة العامة وما قد يترتب على ذلك من أحجام الناس عن دفع أموالهم للاستثمار، وهو الأمر الذي يعود على المجتمع كله -نتيجة ذلك الإحجام - بالضرر والخسران" (حمود، ص 402). ثم انتهى إلى التأكيد

(1) بنيت مناقشتي في الفقرة (3/3) على عدد من الافتراضات التبسيطية لأنقل جوهر الفكرة دون تعقيد. ويمكن بتعديل بعض هذه الافتراضات إظهار بعض المزايا للإيداع في المصرف الأول. لكني مع ذلك أرى أن ما أثبته في المتن هو الأقرب للصواب.

(2) الشاطبي، *الاعتصام*، الجزء الثاني (القاهرة : المكتبة التجارية الكبرى)، د.ت.، ص 119، نقلا عن د. حمود، ص 402.



على أن ضمان الحسابات المذكور يسمح للأعمال المصرفية الإسلامية بأن تقف "موقف الند للند أمام التنظيم المصرفي الحديث فيما يقدمه من مزايا للمودعين " (ص 406، المرجع السابق) وهو هنا يلمح إلى مزية ضمان الحسابات الاستثمارية.

وعلى الرغم من الحجج القوية التي ساقها د. سامي تأييداً لرأيه[1] والتي لخصناها آنفاً، فان رأيه هذا لم يقبل فيما نعلم من أي جهة فتوى لمصرف إسلامي أو هيئة شرعية، ولعل السبب هو انه لم يُجب عن أهم اعتراض يرد على ضمان المضارب لمال المضاربة وهو انه ممنوع باتفاق الفقهاء. وأوجه ما يقال في تعليل هذا المنع هو أن ضمان رأس المال يجعل ما قبضه المضارب من مال قرضاً يجب رده في كل حال. فاشتراط حصة من الربح هو اشتراط زيادة فوق رأس المال فيه شبهة الربا، ويقع تحت طائلة النهي القرآني { وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم، لا تظلمون ولا تظلمون } الآية[2]

وهذا الاعتراض لا يرد مطلقاً على اجتهاد الصحابة الكرام والفقهاء القدامى القائلين بتضمين الأجير المشترك لان هذا لا يستلم نقوداً بل أمتعة ولا يشترط عليه زيادة، فموضوعه بعيداً تماماً عن الربا.

(5) الأسلوب الخامس: (وهو ما اقترحه) : حماية الحسابات بتضمين المصرف ما لم يُثبت عدم تعديه أو تقصيره.

إن الأساليب الأربعة التي أسلفناها لحماية الحسابات تقوم على مبدأ التعويض عن الخسارة بصرف النظر عن منشأ هذه الخسارة، أي دون التمييز بين **خسارة غير مضمونة** نجمت عن مخاطر تجارية، ويتحملها فقهاً رب المال دون المضارب، وخسارة نجمت عن سوء تصرف المضارب أي تعديه أو تقصيره، وسوف اسميها **الخسارة المضمونة**.

والأسلوب الخامس يقتصر على حماية الحسابات من الخسارة المضمونة، التي يوجبها على المضارب سائر الفقهاء. وليس في هذا جديد. لكن الجديد الذي اقترحه على أصحاب الفضيلة في هذا المجمع الموقر والذي يتطلب اجتهاداً جماعياً **هو اعتبار المصرف مقصرا حكما** إن وقع في خسارة كبيرة عرفاً ما لم يثبت المصرف أنها لم تنجم عن تعديه أو تقصيره. أي إنني أقترح نقل عبء الإثبات حينئذ من رب المال إلى المضارب. والداعي إلى هذا الاقتراح هو أن أصحاب الحسابات عاجزون من الناحية العملية عن ممارسة حقهم الشرعي في إثبات تعدي المصرف أو تقصيره (وهذا ما أوضحه بعد قليل).

وأقدم بعض الشواهد الفقهية لهذا المقترح في الفقرة 4/5.

5.1 المعيار الشرعي للتعدي أو التقصير

يمكن من استقراء كثير من التفاصيل الفقهية استنتاج معيار للتعدي والتقصير هو: قيام المضارب بعمل أو امتناعه عن عمل لا يجتمع فيه ثلاثة أوصاف: **أن يكون على الشرط، ابتغاء الربح، وفق عرف التجار**.

فكل تصرف لا يجتمع فيه هذه الخصال الثلاث يمكن أن يعد تعدياً أو تقصيراً ما لم يأذن به رب المال صراحة، فيلتحق بالمشروط في أصل العقد.

---

(1) أنظر التفصيل في : ص ص 399-406 من كتابه المذكور.

(2) أنظر تعليلات أخرى للمنع ذكرها مع هذا التعليل د. زكريا القضاة في *السلم والمضاربة*، عمان : دار الفكر، ط1، 1984، ص ص 280-284.

أما **مخالفة أي شرط** في عقد المضاربة فهو تعد ظاهر. ومن صوره اليوم أن يخرج المصرف عن أحكام نظامه أو القرارات الإلزامية لهيئته الشرعية أو لوائحه المعلنة التي استلم من الناس الحسابات الاستثمارية بناء عليها.

وأما **ابتغاء الربح** فيمنع المضارب من أي تصرف هو من قبيل التبرع المحض كتقديم قرض من مال المضاربة، أو البيع والشراء بغبن فاحش، أو الإنفاق من المال لغير مصلحة المضاربة كسفر لا لزوم له، أو الإسراف في النفقات كالاستئجار لغير مصلحة أو بأكثر من اجر المثل.

وأما التزام المضارب بأن يتصرف **وفق عرف التجار**، فيعني الالتزام بأصول المهنة. وفي موضوعنا الذي هو الأعمال المصرفية يشمل ذلك فيما يشمل:

(أ) إتباع إجراءات توثيق المعاملات وتسجيلها ومراجعتها محاسبياً وحفظ الأموال وطلب الضمانات ممن يُقدم لهم التمويل، والرقابة الداخلية على الموظفين خشية التلاعب، الخ...، كل ذلك وفق أعراف المصارف الحسنة الإدارة فيما لا يخالف الشريعة.

(ب) اتخاذ القرارات الاستثمارية والتحوط من مخاطرها وفق أعراف المهنة فيما لا يخالف الشريعة، كعدم تقديم تمويل فوق حد معين لعميل واحد، وكإجراء دراسات معينة أو تمحيص الوضع المالي لعميل قبل التوسع في تمويله.. الخ.

5.2 صعوبة إثبات تقصير المضارب:

إن تطبيق الحكم المذكور في الأحوال العادية يقتضي من أصحاب الحسابات الاستثمارية، إن علموا بتعدي إدارة المصرف أو تقصيرها في أعمالها، أن يطالبوها بما نجم عن ذلك من خسارة أو فوات ربح. فإن لم تستجب، فلهم اللجوء للقضاء لإثبات خطأ الإدارة وتضمين المصرف نتائجه.[1]

ولا نقصد بالخطأ هذا أن استثماراً ما انتهى إلى خسارة، فهذا شأن التجارة و يتحمله شرعا رب المال، لكن نقصد بالخطأ أن الاستثمار أو العمل التجاري الذي استخدم فيه المال لم تراع فيه أصول المهنة أو نظام البنك أو لم يبذل في تنفيذه العناية المعهودة في مثله.

لكن تحقق أصحاب الحسابات الاستثمارية من تقصير المصرف أو تعديه صعب جداً إن لم يكن متعذراً عملياً لأسباب منها:

---

(1) بل قد يحصل أن إدارة البنك نفسها تشعر بأن الخسارة في سنة ما كانت بتقصير منها أو سوء إدارة، فلا تحملها لأصحاب الودائع الاستثمارية، بل يتحملها المالكون وحدهم. وقد حصل هذا فعلاً في بعض المصارف الإسلامية ولم يحصل في بعضها الآخر. وسواء أكان ذلك حين حصل، نتيجة للشعور بالواجب، أو تخوفاً من سحب الودائع، فإنه حدث جدير بالتنويه. لكن محل اهتمامنا الآن هو : كيف نضمن أن يحصل هذا **إلزاماً** على نحو مقبول فقهاً، وليس فقط بأريحية الإدارة ؟



(أ) تشتت أصحاب الحسابات الاستثمارية وعدم وجود أي رابطة بينهم. وصاحب الوديعة الواحدة، حتى لو كان واثقاً من إثبات دعواه، عليه ابتداءً أن يتحمل تكاليف كبيرة لجمع المعلومات وتفسيرها في ضوء أعراف المهنة المصرفية، واتخاذ إجراءات التقاضي، مما يثبط همته.

(ب) إن إثبات تعدي الإدارة أو تقصيرها وأنها هي السبب فيما وقع من خسارة أمر غير ممكن في العادة إلا للعاملين في المصرف المطلعين على بواطن الأمور فيه، وقلما يتاح ذلك لأصحاب الحسابات. ولا ننسى أن أنشطة المصرف الإسلامي تخالطها "التجارة"، فهي بطبيعتها أكثر تعقيداً من مجرد الإقراض. وإثبات التقصير والتعدي فيها أصعب.

(ج) وما ذكرناه من صعوبات في (أ) و (ب) يتزايد أكثر فأكثر في شأن المصارف غير المقيمة off shores التي يكون مقرها الرسمي في بلد غير البلاد التي يقيم فيها أصحاب الحسابات الاستثمارية. فلا يستطيع هؤلاء حضور اجتماع الهيئة العمومية السنوي، ولا زيارة المصرف في أوقات أخرى للاطلاع على أي شيء. وكل ما يصلهم عادة هو التقرير السنوي المتضمن ميزانية المصرف وحساب الأرباح والخسائر الإجمالي.

ففي ظل الظروف الحاضرة وبخاصة في حالة المصارف غير المقيمة في بلد صاحب الوديعة الاستثمارية، يكاد يستحيل على المودعين الوصول إلى المعلومات التفصيلية التي تسمح بالتحقق من وجود التعدي والتقصير أو انتفائهما. **فرب المال و الحالة هذه لا يستطيع ممارسة حقه الشرعي في تمحيص تصرفات العامل.**

5.3 حول تقارير المراجعين

قد يقال إن المحاسبين القانونيين و المراجعين مهمتهم كشف مثل هذه الأمور في تقاريرهم التي يجب عادة نشرها مع حسابات المصرف السنوية. لكن الواقع كما هو معلوم لأرباب المهنة أن المراجعين لا تغطي مهمتهم إلا بعض جوانب التعدي أو التقصير بمعناهما الفقهي. فعلى سبيل المثال:

(أ) لو اشترى المضارب سلعة فإن المراجع يتحقق من دفع الثمن وتسجيل السلعة ضمن موجودات المضارب. لكن ليس من واجبه بل لا يحق له مهنيا التأكد من أنها لم تشتر بغبن فاحش محاباة لبائعها الذي هو من أقارب المضارب. و هذا فقها خيانة، وهي من التعدي.

(ب) ولو باع المضارب سلعة بثمن مؤجل دون أخذ ضمانات، فليس من صلاحية المراجع التحقق من أن هذا البيع هو تصرف سليم يوافق عرف التجار. (لكن عليه التأكد من أن الدين قد سجل بصورة صحيحة على أنه لا تقابله ضمانات، ووضعت له المخصصات المألوفة لمواجهة احتمال عدم الوفاء).

(ج) ولو عين المضارب موظفا دونما حاجة، أو باجر يفوق كثيرا أجر مثله، فليس من صلاحية المراجع التحقق من مثل هذه المخالفات الشرعية.

5.4 شواهد فقهية:

أضيف إلى نص الشاطبي الذي أوردته في (ف/4) النصوص الفقهية التالية التي يؤكد بعضها القول بتضمين الأجير المشترك، لكن **ما يعنينا منها الآن هو: القول بتضمين الأجير المشترك إلا أن يأتي بالمخرج**، وهو البينة على أن التلف لم يكن بتعد أوتقصير منه (وهذا قول مالك)، أو يكون سبب التلف ظاهراً بمنزلة البينة كالحرق الغالب (وهذا قول أبي يوسف ومحمد). كما أنقل قول ابن رشد في البداية من أن **للتضمين هنا أساسين فقهيين**، أولهما التعدي، وثانيهما رعاية المصالح وحفظ الأموال والحقوق أن تضيع.

من مالك في المدونة

القضاء في ترك تضمين الصناع ما يتلف بأيديهم إذا أقاموا عليه البينة

قلت: أرأيت الصناع في السوق الخياطين والقصارين والصواغين إذا ضاع ما أخذوا للناس مما يعملونه بالأجر وأقاموا البينة على الضياع أيكون عليهم ضمان أو لا في قول مالك ؟ قال: قال مالك: إذا قامت لهم البينة بذلك فلا ضمان عليهم وهو بمنزلة الرهن.تضمين الأجير ما أفسد أو كسر (ص 457)

قلت: أرأيت إن استأجرت أجيرا يخدمني شهرا في بيتي فكسر آنية من آنية البيت أو قدرا أيضمن أم لا في قول مالك ؟ قال: لا يضمن إلا أن يتعدى فأما ما لم يتعد فلا يضمن. قلت: ولا يشبه هذا القصار والحداد وما أشبه ذلك من الأعمال ؟ قال: لا ; لأن هذا لم يؤتمن على شيء، وإنما هذا أجير لهم في بيتهم والمتاع في أيديهم وحكم الأجير غير حكم الصناع.

من الموسوعة الفقهية الكويتية: التلف في الإجارة

اتفق الفقهاء... على أن الأجير الخاص أمين فلا ضمان عليه فيما تلف في يده من مال أو ما تلف بعمله إلا بالتعدي أو التفريط. لأنه نائب المالك في صرف منافعه إلى ما أمر به، فلم يضمن كالوكيل، ولأن عمله غير مضمون عليه، فلم يضمن ما تلف به كسراية القصاص، ولم يوجد منه صنع يصلح سببا لوجوب الضمان.

واتفقوا على أن الأجير المشترك إذا تلف عنده المتاع بتعد أو تفريط فإنه يضمن. واختلفوا فيما إذا تلف بغير تعد منه أو تفريط. فذهب الشافعية وأبو حنيفة وزفر إلى أن يده يد أمانة فلا يضمن ما تلف، لأن الأصل أن لا يجب الضمان إلا على المتعدي، لقوله عز وجل **{فلا عدوان إلا على الظالمين}** ولم يوجد التعدي من الأجير لأنه مأذون في القبض، والهلاك ليس من صنعه فلا يجب الضمان عليه، ولهذا لا يجب الضمان على المودع. قال الربيع: اعتقاد الشافعي أنه لا ضمان على الأجير، وإن القاضي يقضي بعلمه، وكان لا يبوح به خشية قضاة السوء وأجراء السوء.

وذهب أبو يوسف ومحمد بن الحسن إلى أنه مضمون عليه بالتلف إلا في حرق غالب، أو غرق غالب، أو لصوص مكابرين، فروي عن محمد بن الحسن أنه لو احترق محل الأجير المشترك بسراج يضمن الأجير، لأن هذا ليس بحريق غالب، وهو الذي يقدر على استدراكه لو علم به، لأنه لو علم به لأطفأه فلم يكن موضع العذر. واحتجا بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: **{ على اليد ما أخذت حتى تؤدي }**.

وروي عن عمر رضي الله عنه أنه كان يضمن الأجير المشترك احتياطا لأموال الناس، وهو المعنى في المسألة، وهو أن هؤلاء الأجراء الذين يسلم المال إليهم من غير شهود تخاف الخيانة منهم، فلو علموا أنهم لا



يضمنون لهلكت أموال الناس لأنهم لا يعجزون عن دعوى الهلاك، وهذا المعنى لا يوجد في الحريق الغالب، والغرق الغالب، والسرق الغالب.

من ابن رشد في بداية المجتهد ونهاية المقتصد

(الجزء الثاني: في أحكام الإجارات. الفصل الثاني وهو النظر في الضمان.)

والضمان عند الفقهاء على وجهين: بالتعدي، أو لمكان المصلحة وحفظ الأموال. فأما بالتعدي فيجب على المكري باتفاق، والخلاف إنما هو في نوع التعدي الذي يوجب ذلك أو لا يوجبه وفي قدره؛ فمن ذلك اختلاف العلماء في القضاء فيمن اكترى دابة إلى موضع ما فتعدى بها إلى موضع زائد على الموضع الذي انعقد عليه الكراء.... وأما الذين اختلفوا في ضمانهم من غير تعد إلا من جهة المصلحة فهم الصناع، ولا خلاف عندهم أن الأجير ليس بضامن لما هلك عنده مما استؤجر عليه إلا أن يتعدى ما عدا حامل الطعام والطحان، فإن مالكا ضمنه ما هلك عنده، إلا أن تقوم له بينة على هلاكه من غير سببه.

وأما تضمين الصناع ما ادعوا هلاكه من المصنوعات المدفوعة إليهم، فإنهم اختلفوا في ذلك، فقال مالك وابن أبي ليلى وأبو يوسف: يضمنون ما هلك عندهم، وقال أبو حنيفة: لا يضمن من عمل بغير أجر ولا الخاص، ويضمن المشترك ومن عمل بأجر. وللشافعي قولان في المشترك. والخاص عندهم هو الذي يعمل في مترل المستأجر، وقيل هو الذي لم ينتصب للناس، وهو مذهب مالك في الخاص، وهو عنده غير ضامن، وتحصيل مذهب مالك على هذا أن الصانع المشترك يضمن، وسواء عمل بأجر أو بغير أجر، وبتضمين الصناع قال علي وعمر، وإن كان قد اختلف عن علي في ذلك. وعمدة من لم ير الضمان عليهم أنه شبه الصانع بالمودع عنده والشريك والوكيل وأجير الغنم ومن ضمنه فلا دليل له إلا النظر إلى المصلحة وسد الذريعة. أ هـ

5.5 الصيغة المقترحة في هذا البحث لتطبيق الأسلوب الخامس من الحماية وهو تضمين المصرف ما لم يُثبت عدم تعديه أو تقصيره:

1. يجوز اتفاق المصرف الإسلامي مع زبائنه أصحاب الحسابات الاستثمارية على أنه إذا تجاوزت خسارة الأموال المستثمرة في المضاربة في سنة نسبة معينة (15% مثلاً)، فإن المصرف يضمن تلك الخسارة إلا إذا أقام البينة (لدى القضاء، أو لدى هيئة تحكيم فنية متفق عليها) على أن الخسارة لم تكن نتيجة تعد أو تقصير من المصرف.
2. كما يجوز لولي الأمر أن يلزم المؤسسات المالية الإسلامية بمثل ما سبق.